

Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het multilateraal arbitragehof tussen investeerders en staten: beoordeling van het UNCITRAL-proces en de resultaten ervan in het licht van de aanbevelingen van het maatschappelijk middenveld

(initiatiefadvies)

(2023/C 75/18)

Rapporteur: **Christophe QUAREZ**

Besluit van de plenaire vergadering	20.1.2022
Legale basis	Artikel 52, lid 2 van het Reglement
	Initiatiefadvies
Sectie verantwoordelijk	Sectie voor Externe Betrekkingen
Gedeeltelijk aangenomen	14.9.2022
Aangenomen door de plenaire vergadering	26.10.2022
Plenaire sessie nr	573
Uitslag van de stemming	
(voor/tegen/onthoudingen)	176/0/0

1. Conclusies en aanbevelingen

Een effectief en functionerend internationaal investeringsbeschermingssysteem met geschillenbeslechting is in het belang van de 1.1. EESC. Het EESC schaart zich echter achter de kritiek op de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten (ISDS) waarin handels- en investeringsovereenkomsten voorzien. Deze kritiek, geuit door het maatschappelijk middenveld, betreft vooral vragen over de legitimiteit, consistentie en transparantie van dit arbitragesysteem.

1.2. Het EESC neemt nota van het mandaat van de Europese Commissie om onder auspiciën van de Commissie van de Verenigde Naties voor internationaal handelsrecht (UNCITRAL) te onderhandelen over de mogelijke oprichting van een multilateraal investeringsgerecht (MIC). Het betreurt echter dat de lopende onderhandelingen meer gericht zijn op procedurele kwesties dan op inhoudelijke kwesties.

1.3. Vijf jaar na dit eerste multilaterale hervormingsproces van ISDS is de materiële vooruitgang beperkt, behalve met betrekking tot het opstellen van een gedragscode voor arbiters, waarvan de details nog moeten worden vastgesteld. Het onderdeel van de discussies over de structurele hervorming van het ISDS-systeem, waarvan de oprichting van een permanente rechtbank wordt voorgesteld als een sleutelement, worstelt om een oplossing te vinden die door alle UNCITRAL-lidstaten wordt gedeeld.

1.4. Aangezien er geen consensus is bereikt tussen de lidstaten in de relevante internationale organisaties, wordt momenteel geen herziening van het materiële recht overwogen. Het EESC dringt er daarom bij de Europese Commissie op aan om door te gaan met de hervorming van materieelrechtelijke kwesties, samen met de procedurele regels. Onder de inhoudelijke kwesties moeten vage of te verstrekkende bepalingen inzake eerlijke en billijke behandeling (FET) worden beperkt tot non-discriminatie en directe onteigening als essentiële elementen van investeringsbescherming.

1.5. Bovendien roept het op ervoor te zorgen dat enkele van de meer transversale kwesties op de onderhandelingstafel blijven, waaronder het huiveringwekkende effect van ISDS, de uitputting van lokale rechtsmiddelen en toegang van derden, zoals lokale gemeenschappen die worden getroffen door investeringen. De resultaten van dit proces moeten reëel zijn en een verschil maken. Het proces mag niet stoppen bij het aanpassen van het huidige ISDS-arbitragesysteem, dat als een succes wordt bestempeld.

1.6. Het EESC merkt op dat de hervorming van het reglement van orde (met name die inzake transparantie, ethische regels, toegang tot en de kosten van arbitrage) desalniettemin de weg vrijmaakt voor een debat over de hervorming van materiële regels.

1.7. Het EESC zou graag zien dat het *amicus curiae*-model (¹⁾ om tussenkomsten van derden door alle belanghebbenden op te nemen (zoals omwonenden, werknemers, vakbonden, milieugroeperingen of consumenten) en ervoor te zorgen dat ze door rechters in aanmerking worden genomen.

1.8. Het EESC is verheugd over het werk van de OESO om in investeringsovereenkomsten rekening te houden met de uitdagingen van duurzame ontwikkeling, maar dringt erop aan dat zij haar werk voltooit door rekening te houden met sociale kwesties, met name door due diligence een criterium te maken om in aanmerking te komen voor buitenlandse investeerders.

1.9. Het EESC heeft altijd benadrukt (met name in advies REX/501 over een multilateraal investeringsgerecht (²⁾), dat de MIC op geen enkele manier het vermogen van de EU en haar lidstaten mag aantasten om hun verplichtingen uit hoofde van internationale overeenkomsten op het gebied van milieu, mensenrechten, arbeidsrechten en natuurlijk consumentenbescherming na te komen. Er moet ook worden voorzien in procedurele waarborgen tegen vorderingen die gericht zijn tegen nationale wetgeving van algemeen belang; het EESC is van mening dat deze doelstelling kan worden bereikt door een hiërarchieclausule in te voeren (³⁾ en een carve-out van algemeen belang.

1.10. Het EESC merkt op dat hoewel UNCITRAL WG-III gericht is op procedurele elementen, dit in de toekomst kan leiden tot voordelen in de richting van een duidelijkere en stabielere jurisprudentie, wat ook de hervorming van het toepasselijke materiële recht in investeringsverdragen.

1.11. Het EESC benadrukt dat zowel het internationaal gewoonterecht als het internationaal recht inzake mensenrechten vereist dat individuen verhaal halen bij nationale rechtbanken voordat ze een internationale procedure tegen een staat kunnen instellen, en betreurt echter dat internationaal investeringsrecht over het algemeen niet de uitputting vereist van van huismiddeltjes. Het EESC merkt op dat dit systeem kleine en middelgrote ondernemingen discrimineert, gezien hun beperkte financiële middelen. Het EESC moedigt de Commissie dan ook aan om in het UNCITRAL-proces aandacht te besteden aan de uitputting van de lokale rechtsmiddelen voordat er internationale verwijzingen plaatsvinden. ISDS moet worden erkend als een buitengewoon rechtsmiddel.

1.12. Het EESC herinnert de Commissie aan haar verzoek om nauwer bij de werkzaamheden van UNCITRAL te worden betrokken.

1.13. Het EESC herhaalt dat er moet worden gezorgd voor samenhang tussen de ambitieuze doelstellingen van de EU op het gebied van duurzame ontwikkeling en het kader voor de hervorming van het ISDS-model. Slecht ontworpen investeringsverdragen kunnen vooruitgang belemmeren, terwijl goed ontworpen verdragen samenlevingen kunnen helpen de huidige uitdagingen het hoofd te bieden. We moeten een nieuw model voor internationale investeringsgovernance ontwikkelen dat de aanzienlijke kloof dicht tussen het investeringssysteem enerzijds en mensen- en arbeidsrechten en het milieu anderzijds.

2. Inleiding

2.1. Geschillenbeslechting tussen investeerders en staten (ISDS) is een mechanisme in tal van vrijhandelsovereenkomsten en internationaal investeringsovereenkomsten (IIA) voor het beslechten van geschillen over de uitvoering van investeringsbeschermingsovereenkomsten.

Het is een middel om verhaal te halen bij een privaat arbitragetribunaal, geïnitieerd door een buitenlandse investeerder uit een verdragsluitende staat. 2.2. tegen een staat die de bepalingen van het desbetreffende verdrag heeft geschonden.

2.3. Een arbiter wordt voorgedragen door het bedrijf, een tweede door de staat en een derde door de secretaris-generaal van het Permanente Hof van Arbitrage.

2.4. Het EESC heeft ISDS-kwesties al verschillende keren aan de orde gesteld (⁴⁾. Het doel van dit advies is dan ook niet om alle gebreken en uitdagingen van ISDS-arbitrage te analyseren, maar om de hervormings- en moderniseringsprocessen van deze geschillenbeslechtingsmethode — waarin de Europese Commissie een centrale rol speelt — te verkennen en er een standpunt over in te nemen. discussie bij UNCITRAL.

(¹) De procedure *amicus curiae* (vriend van de rechtbank) verwijst naar een entiteit of persoon die geen partij is bij een geschil maar juridische argumenten wil voorleggen aan de rechtbank. De toelating van eventuele *amicus curiae* vindt plaats op basis van strikte voorwaarden om ervoor te zorgen dat het rechtenevenwicht tussen de partijen tijdens het proces wordt gerespecteerd. Het bevat echter ook de belofte van legitimiteit, die door de *amicus curiae* is ingebracht in het investeringsarbitrageproces, <https://www.iisd.org/itn/fr/2019/04/23/protecting-social-rights-using-the-amicus-curiae-procedure-in-investing-arbitrage-een-rookgordijn-tegen-derden-maxime-somda/>.

(²) PB C 110 van 22.3.2019, blz. 145.

(³) Wanneer Staten die hebben deelgenomen aan onderhandelingen de rangorde willen bepalen van volgende verdragen over hetzelfde onderwerp, bevatten de slotbepalingen bepalingen die de relatie regelen tussen het nieuwe verdrag en bestaande verdragen, of toekomstige verdragen, over hetzelfde onderwerp.

(⁴) PB C 110 van 22.3.2019, blz. 145, PB C 487 van 28.12.2016, blz. 30, PB C 332 van 8.10.2015, blz. 45.

3. Algemene opmerkingen

3.1. Het ISDS-model is de afgelopen jaren vaak bekritiseerd, waarbij de belangstelling voor het hervormen van investeringsverdragen gestaag toenam, in termen van ondermijning van het recht van staten om te reguleren en de democratische legitimiteit aan te vechten, de schending van Europese regelgevende normen (of het nu gaat om gezondheids-, fytosanitaire, sociale of milieunormen), of de neutraliteit en onafhankelijkheid van de arbiters.

3.2. De meest gesignaleerde problemen betreffen het gebrek aan **transparantie** bij investeringsgeschillen, het gebrek aan consistentie en **voorspelbaarheid van arbitrage-uitkomsten**, de rol en onafhankelijkheid van arbiters, twijfels over hun legitimiteit en de afschrikkende werking van uitspraken op de regelgevende bevoegdheden van de Staat. Het **afschrikkende effect** verwijst met name naar het feit dat staten ervan zouden kunnen worden weerhouden wetgeving aan te nemen die per definitie in het algemeen belang is, uit angst om te worden blootgesteld, ten nadele van hun burgers en belastingbetalers, voor aansprakelijkheid op grond van een investeringsverdrag, en om de mogelijkheid om bij een rechtszaak grote bedragen te moeten betalen aan buitenlandse investeerders.

3.3. Kritiek gaat vaak ook over ISDS-clausules die vage en te verreikende begrippen bevatten als 'eerlijk en' billijke behandeling' en 'indirecte onteigening', die rechtsonzekerheid en mogelijk misbruik kunnen veroorzaken.

3.4. Evenzo tast het **beginsel van geen beroep of beroep tot nietigverklaring of herziening**, tenzij anders overeengekomen, het recht op een doeltreffende voorziening in rechte aan. Investeerders hebben de afgelopen jaren misbruik gemaakt van tekortkomingen in deze traditionele ISDS-systemen, wat heeft geleid tot een ongekennde toename van geschillen tussen investeerders en staten, evenals een aanzienlijke toename van claims van investeerders en hogere proceskosten.

Het is absoluut noodzakelijk dat mechanismen voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten fundamenteel worden hervormd, aangezien de huidige uitdagingen 3.5. zoals klimaatverandering (waarvoor een rechtvaardige transitie van werknemers naar een koolstofarme economie zal moeten worden uitgevoerd), COVID-19-maatregelen, de digitale transitie en het bereiken van doelstellingen voor duurzame ontwikkeling (inclusief het concept van fatsoenlijk werk), kunnen alleen worden aangepakt door middel van nationale en internationale investeringen.

3.6. Het EESC herhaalt dat er behoefte is aan een modern, doeltreffend en functionerend internationaal investeringsbeschermingssysteem met geschillenbeslechting, maar ook aan consistentie tussen de ambitieuze doelstellingen van de EU op het gebied van duurzame ontwikkeling en het kader voor de hervorming van het ISDS-model. Slecht ontworpen investeringsverdragen kunnen vooruitgang belemmeren, terwijl goed ontworpen verdragen samenlevingen kunnen helpen de huidige uitdagingen het hoofd te bieden.

4. Vraagstukken die op het spel staan in de EU

4.1. Kritiek op het ISDS-model was voor de Europese Commissie aanleiding om het te vervangen door in 2015 een permanent orgaan voor de beslechting van investeringsgeschillen, speciaal ontworpen om de bovengenoemde problemen aan te pakken.

4.2. Er moet worden verduidelijkt dat de Commissie met de oprichting van een MIC alleen procedurele kwesties wil aanpakken verband met **geschillenbeslechting, en beantwoordt niet volledig aan de inhoudelijke kritiek op ISDS**.

4.3. Onder deze huidige hervormingsaanpak kunnen inhoudelijke kwesties, zoals toepasselijk recht of interpretatieregels, inclusief het waarborgen van consistentie met andere internationale verplichtingen (bijvoorbeeld van de Internationale Arbeidsorganisatie en de verdragen van de Verenigde Naties), alleen worden aangepakt in de onderliggende investeringsovereenkomsten die moeten worden toegepast naar de MIC.

4.4. Het EESC vreest daarom dat zelfs als er op multilateraal niveau overeenstemming zou worden bereikt over een nieuw systeem voor geschillenbeslechting, dit geen oplossing zou bieden voor de materiële kwestie van de bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten, die vage of te verstrekkende bepalingen bevatten die ruimte laten voor misbruik (zoals die op eerlijke en billijke behandeling, met inbegrip van de hierboven beschreven indirecte onteigening). Het EESC pleit er daarom voor om FET-bepalingen uitsluitend te beperken tot non-discriminatie en directe onteigening, en dringt er bij de Europese Commissie op aan om niet alleen rekening te houden met procedurele elementen, maar ook deze materiële materiële kwesties aan te pakken.

4.5. De exacte kenmerken van het MIC (zoals de samenstelling, het budget, de mogelijkheid om ondersteuning te krijgen van een secretariaat, enz.) zullen afhangen van het resultaat van de komende onderhandelingen tussen de landen die tot het nieuwe systeem toetreden.

5. De behoefte aan een aanpak die consistent is met doelstellingen op het gebied van duurzame ontwikkeling en sociale rechtvaardigheid

5.1. De huidige publieke en zelfs deskundige perceptie is dat er een aanzienlijke kloof gaapt tussen de bescherming van investeringen, die wettelijk bindend is met bindende juridische instrumenten voor de handhaving ervan, en de bescherming van mensenrechten, sociale rechten, milieurechten en gezondheidsrechten, waarvan de internationale regelingen ofwel gedeeltelijk bindend of helemaal niet bindend, of als ze bindend zijn, ontbreekt het aan instrumenten voor de juiste handhaving ervan.

5.2. Bij het debat over de hervorming van het ISDS-systeem moet ook rekening worden gehouden met de nieuwe aanpak van de Europese Commissie voor de uitvoering en handhaving van hoofdstukken over handel en duurzame ontwikkeling in de vrijhandelsovereenkomsten van de EU, waarin het **15-puntenactieplan van 2018** wordt herzien (⁵⁾).

5.3. Het EESC is verheugd over de lancering van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) over de toekomst van initiatief (⁶ investeringsverdragen, waarin wordt onderzocht hoe de verdragen van morgen kunnen helpen bij het aanpakken van de bovengenoemde uitdagingen en welke hervormingsideeën er zijn. De dringende noodzaak om de klimaatcrisis aan te pakken staat centraal in dit initiatief. Het dringt er echter op aan zijn werk aan te vullen door rekening te houden met sociale kwesties, met name door due diligence een criterium te maken om in aanmerking te komen voor buitenlandse investeerders.

5.4. Het werk van de OESO omvat belangrijke mijlpalen van een aanbeveling van de Raad inzake FDI-kwaliteiten voor duurzame investeringen, die in juni Ontwikkeling (⁷ 2022 door de ministers van de OESO is aangenomen. Het is het eerste multilaterale instrument dat het beleid helpt makers versterken de positieve bijdrage van internationale investeringen aan de SDG's. Het wordt aangevuld met de FDI Quality Policy Toolkit (⁸) en de FDI-kwaliteitsindicatoren 2022 (⁹).

5.5. Net als het Europees Parlement (¹⁰) is het EESC van mening dat het investeringsbeleid van de EU niet alleen moet voldoen aan de verwachtingen van investeerders en ontvangende staten, maar **ook aan de bredere economische belangen van de EU, haar externe beleidsdoelstellingen en haar prioriteiten, met name** die op het gebied van milieubescherming en de bescherming van de mensenrechten en de grondrechten.

5.6. Het EESC benadrukt dat zowel krachtens het internationaal gewoonterecht als het internationale mensenrechtenrecht individuen verplicht zijn verhaal te zoeken bij nationale rechtbanken voordat ze een internationale procedure tegen een staat kunnen instellen, en betreurt het dat internationaal investeringsrecht daarentegen over het algemeen niet de uitputting vereist van van binnenlandse rechtsmiddelen vóór enige internationale verwijzing.

5.7. Het EESC moedigt de Commissie dan ook aan om de kwestie van de uitputting van lokale rechtsmiddelen verder te onderzoeken.

6. De rol van Werkgroep III (WG-III) van de VN-Commissie voor internationaal handelsrecht (UNCITRAL)

6.1. Op basis van het door de Raad verstrekte mandaat is de Commissie onder auspiciën van UNCITRAL onderhandelingen begonnen met VN-lidstaten in WG-III.

6.2. Het EESC herinnert de Commissie aan haar verzoek om meer betrokken te worden bij de werkzaamheden van UNCITRAL.

6.3. In november 2017 heeft UNCITRAL werkgroep III belast met 'een breed mandaat om te werken aan de mogelijke hervorming van de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten (ISDS)'. Tijdens de eerste fase van zijn beraadslagingen identificeerde WG-III er een aantal zorgen.

(5) Het EESC heeft deze kwestie behandeld in zijn advies over Next Generation Trade en duurzame ontwikkeling — Herziening van de 15 punten actieplan (PB C 105 van 4.3.2022, blz. 40).

(⁶) <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/investment-treaties.htm>.

(7) <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0476>.

(⁸) https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/fdi-qualities-policy-toolkit_7ba74100-en.

(⁹) https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=1144_1144750-u5ks4jvtnl&title=FDI-Qualities-Indicators-2022.

(10) Resolutie van het Europees Parlement van 23 juni 2022 over de toekomst van het internationale investeringsbeleid van de EU (2021/2176 (INI)).

Gerelateerd aan de globale kosten en duur van ISDS (11):

- De werkgroep nam nota van analyses op basis van beperkte beschikbare informatie waaruit bleek dat 80 tot 90 % van de kosten in ISDS verband hield met vergoedingen voor juridische vertegenwoordiging en voor deskundigen, en dat de kosten per procedure gemiddeld 8 miljoen USD bedroegen.
- Bijzondere aandacht werd gevestigd op het feit dat de hoge kosten van ISDS betaald met publieke middelen moeilijk te rechtvaardigen waren voor ontwikkelingslanden, wiens financiële middelen schaars waren.
- Er werd op gewezen dat de implicaties van de duur en de kosten van de procedures ook werden afgeleid uit het feit dat het ISDS-regime hield zich niet aan de regel van bindend precedent, wat resulteerde in een gebrek aan voorspelbaarheid.
- Verder werd gesteld dat de hoge kosten van ISDS bij sommige benaderingen de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot het ISDS-mechanisme zouden kunnen beperken, waardoor ze de bescherming zouden verliezen die hun wordt geboden op grond van investeringsverdragen.
- Er werd echter ook gesteld dat de extra kosten bij sommige benaderingen gedeeltelijk kunnen worden toegeschreven aan misbruikpraktijken, parallelle procedures, het ontbreken van duidelijke procedureregels en het ontbreken van een mechanisme om lichtzinnige vorderingen in een vroeg stadium af te wijzen.
- Daarnaast werd erop gewezen dat de stijging van de kosten verband hield met systemische problemen en de structuur van het ISDS-regime, of zelfs met het ontbreken van een systeem. Deze kwesties, zo werd toegevoegd, hadden geleid tot een gebrek aan consistentie en, wat vooral belangrijk is voor staten als respondenten, een gebrek aan voorspelbaarheid van de uitkomst.

Gerelateerd aan bestaande inhoudelijke zorgen, rekening houdend met de interactie met onderliggende inhoudelijke normen (12):

- Andere middelen dan arbitrage om investeringsgeschillen op te lossen, evenals methodes om geschillen te voorkomen
- Uitputting van lokale remedies
- Deelname door derden
- Tegenvorderingen
- Regelgevende chill
- Schadeberekening

6.4. Vanaf het begin van zijn werk heeft WG-III gewerkt aan twee belangrijke stappen vooruit; de eerste is een mogelijke structurele hervorming, die betrekking heeft op de oprichting van een permanente rechtbank en een systeem van beroep, de benoeming van rechters en de reikwijdte van beroep. Het tweede parallelle spoor betreft niet-structurele en stapsgewijze hervormingselementen, zoals het opstellen van een gedragscode voor arbiters en rechters (om de transparantie te vergroten en belangenconflicten te voorkomen), een methodologie voor het beoordelen van schade en belangen, en manieren om bemiddeling te bevorderen tussen de partijen. Er is echter geen grote vooruitgang geboekt op het gebied van structurele hervormingen en transversale kwesties. Zo zijn de bevoegdheid, de samenstelling en de procedure voor de benoeming van de leden van de permanente rechtbank nog onderwerp van discussie in de delegaties.

6.5. Op haar beurt introduceert de Europese Commissie in het debat duidelijke vereisten inzake ethiek en onpartijdigheid, niet-verlengbare benoemingen, het voltijdse dienstverband van arbiters en mechanismen voor de benoeming van onafhankelijke rechters. Het EESC steunt deze aanpak, aangezien strikte regels nodig zijn om belangenconflicten te voorkomen.

In eerste instantie werden meer transversale kwesties aan de orde gesteld, zoals het huiveringwekkende effect van ISDS, de uitputting van lokale rechtsmiddelen, en 6.6. toegang van derden, zoals lokale gemeenschappen die door investeringen worden getroffen, kreeg minder aandacht, tot frustratie van veel observerende maatschappelijke groeperingen. Volledig in overeenstemming met zijn eigen aanbevelingen van REX/501, moedigt het EESC de Commissie aan om ervoor te zorgen dat deze fundamentele vragen op tafel blijven en naar tevredenheid worden aangepakt.

6.7. Het EESC betreurt het gebrek aan duidelijkheid op de WG-III-website en in de notulen van de vergaderingen, waardoor belanghebbende partijen zich niet goed kunnen informeren over de voortgang van de werkzaamheden.

(11) Verslag van Werkgroep III (Hervorming beslechting van geschillen tussen investeerders en staten) over de werkzaamheden van de vierendertigste zitting (Wenen, 27 november - 1 december 2017).

(12) Verslag van Werkgroep III (Hervorming beslechting van geschillen tussen investeerders en staten) over de werkzaamheden van de zevenendertigste zitting (New York, 1-5 april 2019).

6.8. Het EESC merkt op dat het werk van WG-III weliswaar is toegespitst op procedurele elementen, maar dat dit in de toekomst voordelen kan opleveren, zoals duidelijkere en stabielere jurisprudentie, wat ook de hervorming van het toepasselijke materiële recht in investeringsverdragen zou vergemakkelijken. Wil een multilateraal ISDS-hervormingsproces echter echt een verschil maken, dan is het volgens het EESC essentieel dat een institutionele hervorming afstapt van ad-hocarbitrage, een meer holistische benadering van internationale investeringsgovernance hanteert en ISDS-arbitrage niet alleen vervangt met een rechtbank voor investeerders.

Brussel, 26 oktober 2022.

De voorzitter
van het Europees Economisch en Sociaal Comité
Christa SCHWENG

Opinion of the European Economic and Social Committee on Multilateral investor-State arbitration court: assessment of the UNCITRAL process and its achievements in light of civil society recommendations

(own-initiative opinion)

(2023/C 75/18)

Rapporteur: **Christophe QUAREZ**

Plenary Assembly decision	20.1.2022
Legal basis	Rule 52(2) of the Rules of Procedure Own-initiative opinion
Section responsible	Section for External Relations
Adopted in section	14.9.2022
Adopted at plenary	26.10.2022
Plenary session No	573
Outcome of vote (for/against/abstentions)	176/0/0

1. Conclusions and recommendations

1.1. Effective and functioning international investment protection system with dispute resolution is in the interest of the EESC. However, the EESC has backed the criticism of the investor-State dispute settlement (ISDS) provided for in trade and investment agreements. This criticism, raised by civil society, mainly concerns questions about the legitimacy, consistency and transparency of this arbitration system.

1.2. The EESC takes note of the European Commission's mandate to negotiate, under the auspices of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the possible establishment of a multilateral investment court (MIC). However, it regrets that the ongoing negotiations are focusing more on procedural issues rather than substantive ones.

1.3. Five years into this first multilateral process of reforming ISDS, material progress has been limited, except with regard to the drafting of a code of conduct for arbitrators, the details of which still need to be determined. The strand of discussions on the structural reform of the ISDS system, of which the creation of a permanent court is proposed as a key element, is struggling to find a solution shared by all UNCITRAL Member States.

1.4. Since no consensus has been reached amongst Member States in the relevant international organisations, no revision of the substantive law is currently envisaged. The EESC therefore urges the European Commission to continue pursuing the reform of substantive law issues along with the procedural rules. Among the substantive issues, vague or too far-reaching provisions of fair and equitable treatment (FET) should be limited to non-discrimination and direct expropriation as essential elements of investment protection.

1.5. Furthermore, it calls to ensure that some of the more crosscutting issues are kept on the negotiating table, including the chilling effect of ISDS, the exhaustion of local remedies, and access of third parties, such as local communities impacted by investments. Outcomes of this process have to be real and make a difference. The process must not stop at tweaks with the current ISDS arbitration system, being hailed as a success.

1.6. The EESC notes that the reform of the rules of procedure (particularly those on transparency, ethical rules, access to and the cost of arbitration) nevertheless paves the way for a debate on the reform of substantive rules.

1.7. The EESC would like for the *amicus curiae* model ⁽¹⁾ to include third party interventions by all stakeholders (such as local residents, workers, unions, environmental groups or consumers) and to ensure their due consideration by judges.

1.8. The EESC welcomes the OECD's work aimed at taking into account the challenges of sustainable development in investment agreements, but urges that it will complete its work by taking social issues into consideration, particularly making due diligence an eligibility criteria for foreign investors.

1.9. The EESC has always stressed (particularly in opinion REX/501 on a Multilateral Investment Court ⁽²⁾), that the MIC must in no way affect the ability of the EU and its Member States to fulfil their obligations under international agreements on the environment, human rights, labour rights and, of course, consumer protection. Procedural safeguards against claims that target domestic public interest legislation must also be provided for; the EESC considers that this objective could be achieved by introducing a hierarchy clause ⁽³⁾ and a public interest carve-out.

1.10. The EESC notes that while UNCITRAL WG-III is centred on procedural elements, this may lead to benefits in the future towards a clearer and more stable case law, which would also facilitate reforming applicable substantive law in investment treaties.

1.11. The EESC stresses that under both customary international law and international human rights law, individuals are required to seek redress before domestic courts before being able to bring international proceedings against a State, and regrets, however, that international investment law does not generally require the exhaustion of domestic remedies. The EESC notes that this system discriminates against SMEs, given their limited financial resources. The EESC therefore encourages the Commission to pursue in the UNCITRAL process the issue of exhaustion of local remedies before any international referral. ISDS should be recognized as an extraordinary remedy.

1.12. The EESC reminds the Commission of its request to be more closely involved in its UNCITRAL's work.

1.13. The EESC reiterates the need to achieve consistency between the EU's ambitious sustainable development goals, and the framework for reforming the ISDS model. Poorly designed investment treaties can hinder progress, whereas well designed ones can help societies front current challenges. We need to develop a new model for international investment governance that fills the significant gap between the investment system on the one hand and human and labour rights and the environment on the other.

2. Introduction

2.1. Investor-State dispute settlement (ISDS) is a mechanism in numerous free trade agreements and international investment agreements (IIA) for settling disputes concerning the implementation of investment protection agreements.

2.2. It is a means for redress before a private arbitration tribunal initiated by a foreign investor from a contracting State against a State that has infringed the provisions of the treaty in question.

2.3. One arbitrator is nominated by the company, a second by the State, and a third by the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration.

2.4. The EESC has already addressed ISDS issues on several occasions ⁽⁴⁾. The purpose of this opinion is therefore not to analyse all the flaws and challenges of ISDS arbitration, but to explore and take a position on the reform and modernisation processes of this dispute settlement method — in which the European Commission plays a central role — currently under discussion at UNCITRAL.

⁽¹⁾ The *amicus curiae* (friend of the court) procedure refers to an entity or person who is not party to a dispute but who wishes to submit legal arguments to the court. The admission of any *amicus curiae* is carried out on the basis of strict conditions in order to ensure that the balance of rights between the parties is respected during the trial. However, it also contains the promise of legitimacy, brought by the *amicus curiae* to the investment arbitration process, <https://www.iisd.org/itm/fr/2019/04/23/protecting-social-rights-using-the-amicus-curiae-procedure-in-investment-arbitration-a-smokescreen-against-third-parties-maxime-somda/>.

⁽²⁾ OJ C 110, 22.3.2019, p. 145.

⁽³⁾ When States that have participated in negotiations wish to determine the ranking of subsequent treaties on the same subject, the final clauses contain provisions governing the relationship between the new treaty and existing treaties, or future treaties, on the same subject.

⁽⁴⁾ OJ C 110, 22.3.2019, p. 145, OJ C 487, 28.12.2016, p. 30, OJ C 332, 8.10.2015, p. 45.

3. General comments

3.1. The ISDS model has been frequently criticised in recent years, with interest in reforming investment treaties steadily increasing, in terms of undermining States' right to regulate and challenging democratic legitimacy, the breach of European regulatory standards (whether they be health, phytosanitary, social or environmental standards), or the neutrality and independence of the arbitrators.

3.2. The most frequently identified problems concern the lack of **transparency** in investment disputes, the lack of consistency and **predictability of arbitration outcomes**, the role and independence of arbitrators, doubts about their legitimacy, and the deterrent effect of rulings on the State's regulatory powers. The **deterrent effect** refers in particular to the fact that States could be deterred from adopting legislation that is by definition in the public interest, for fear of being exposed, to the detriment of their citizens and taxpayers, to liability under an investment treaty, and to the possibility of having to pay large sums to foreign investors in the event of litigation.

3.3. Criticism often also concerns ISDS clauses that contain vague and too far-reaching concepts such as 'fair and equitable treatment' and 'indirect expropriation', which can create legal uncertainty and potential misuse.

3.4. Similarly, the **principle of no appeal or recourse for annulment or review**, unless otherwise agreed, affects the right to effective judicial remedy. Investors have been exploiting flaws in these traditional ISDS systems in recent years, leading to an unprecedented increase in investor-State disputes, as well as a significant increase in investor claims and higher litigation costs.

3.5. It is imperative that investor-State dispute settlement mechanisms be fundamentally reformed, as current challenges, such as climate change (for which a just transition for workers towards a low-carbon economy will need to be implemented), COVID-19 responses, the digital transition and achieving sustainable development goals (including the concept of decent work), can only be addressed through national and international investments.

3.6. The EESC reiterates the need to have a modern, effective and functioning international investment protection system with dispute resolution but also to achieve consistency between the EU's ambitious sustainable development goals, and the framework for reforming the ISDS model. Poorly designed investment treaties can hinder progress, whereas well designed ones can help societies front current challenges.

4. Issues at stake in the EU

4.1. Criticism of the ISDS model prompted the European Commission to replace it through the creation in 2015 of a permanent investment dispute settlement body, specifically designed to address the above-mentioned concerns.

4.2. It should be clarified that through the creation of a MIC, the Commission only aims to address procedural issues related to **dispute settlements, and does not fully respond to the substantive criticism of the ISDS**.

4.3. Under this current reform approach, substantive issues such as applicable law or rules of interpretation, including ensuring consistency with other international obligations (for example from the International Labour Organization and the United Nations Conventions) can only be addressed in the underlying investment agreements to be applied to the MIC.

4.4. The EESC is therefore concerned that even if a new dispute settlement system were agreed at multilateral level, it would not resolve the substantive issue of the bilateral investment protection agreements, which contain vague or too far reaching provisions that leave room for abuse (such as those on fair and equitable treatment, including indirect expropriation outlined above). The EESC therefore advocates to limit FET provisions exclusively to non-discrimination and direct expropriation and urges the European Commission to not only take into account procedural elements but to also address these applicable substantive law issues.

4.5. The exact features of the MIC (such as its composition, its budget, the possibility of receiving support from a secretariat, etc.) will depend on the outcome of the upcoming negotiations between the countries joining the new system.

5. The need for an approach that is consistent with sustainable development and social justice goals

5.1. The current public and even expert perception is that there is a significant gap between the protection of investments, which is legally binding with binding legal instruments for its enforcement, and the protection of human, social, environmental and health rights, whose international schemes are either partially binding or not binding at all, or if binding, lack instruments for their proper enforcement.

5.2. The debate on ISDS system reform must also take into account the European Commission's new approach on the implementation and enforcement of trade and sustainable development chapters in the EU free trade agreements that reviews the 2018 **15-point action plan** ⁽⁵⁾.

5.3. The EESC welcomes the launch of the Organisation for Economic Cooperation and Development's (OECD) initiative ⁽⁶⁾ on the future of investment treaties, which explores how the treaties of tomorrow could help address the challenges identified above, as well as any ideas for reform. The urgent need to tackle the climate crisis is at the heart of this initiative. However, it urges to complement its work by taking social issues into consideration, particularly making due diligence an eligibility criteria for foreign investors.

5.4. The OECD's work includes important milestones of a Council Recommendation on FDI Qualities for Sustainable Development ⁽⁷⁾ that was adopted by OECD ministers in June 2022. It is the first multilateral instrument to help policy makers enhance the positive contribution of international investment to the SDGs. It is supplemented by the FDI Qualities Policy Toolkit ⁽⁸⁾ and the FDI Qualities Indicators 2022 ⁽⁹⁾.

5.5. Like the European Parliament ⁽¹⁰⁾, the EESC believes that EU investment policy should not only meet investor and recipient State expectations, but **also the EU's wider economic interests, its external policy objectives, as well as its priorities**, particularly those on environmental protection and the protection of human and fundamental rights.

5.6. The EESC stresses that under both customary international law and international human rights law, individuals are required to seek redress before domestic courts before being able to bring international proceedings against a State, and regrets that by contrast, international investment law does not generally require the exhaustion of domestic remedies before any international referral.

5.7. The EESC therefore encourages the Commission to further investigate the issue of the exhaustion of local remedies.

6. The role of Working Group III (WG-III) of the UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

6.1. On the basis of the mandate provided by the Council, the Commission started negotiations with UN Member States under the auspices of UNCITRAL, in WG-III.

6.2. The EESC reminds the Commission of its request to be more involved in UNCITRAL's work.

6.3. In November 2017, UNCITRAL has entrusted Working Group III with 'a broad mandate to work on the possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)'. During the first phase of its deliberations, WG-III identified a number of concerns.

⁽⁵⁾ The EESC addressed this issue with its opinion on Next Generation Trade and Sustainable Development — Reviewing the 15-point action plan (OJ C 105, 4.3.2022, p. 40).

⁽⁶⁾ <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/investment-treaties.htm>.

⁽⁷⁾ <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0476>.

⁽⁸⁾ https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/fdi-qualities-policy-toolkit_7ba74100-en.

⁽⁹⁾ https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=1144_1144750-u5ks4jvtnl&title=FDI-Qualities-Indicators-2022.

⁽¹⁰⁾ European Parliament resolution of 23 June 2022 on the future of the EU's international investment policy (2021/2176 (INI)).

Related to the global costs and duration of ISDS ⁽¹¹⁾:

- The Working Group took note of analyses based on limited available information suggesting that 80 to 90 % of costs in ISDS were associated with fees for legal representation and for experts, and that the costs per proceeding averaged USD 8 million.
- Particular attention was drawn to the fact that the high costs of ISDS paid with public funds were difficult to justify for developing States, whose financial resources were scarce.
- It was pointed out that the implications of the duration and cost of the procedures were also derived from the fact that the ISDS regime did not follow the rule of binding precedent, resulting in a lack of predictability.
- It was further stated that the high costs of ISDS under some approaches could limit the access of small and medium-sized enterprises to the ISDS mechanism, thus depriving them of the protection provided to them under investment treaties.
- It was also stated, however, that excess costs could be attributed under some approaches in part to abusive practices, parallel proceedings, the absence of clear procedural rules, and the absence of a mechanism to dismiss frivolous claims at an early stage.
- In addition, it was pointed out that the increase in costs was related to systemic issues and the structure of the ISDS regime, or even the lack of a system. These issues, it was added, had led to a lack of consistency and, importantly for States as respondents in particular, a lack of predictability of outcome.

Related to existing substantive concerns taking due note of the interaction with underlying substantive standards ⁽¹²⁾:

- Means other than arbitration to resolve investment disputes as well as dispute prevention methods
- Exhaustion of local remedies
- Third-party participation
- Counterclaims
- Regulatory chill
- Calculation of damages

6.4. From the outset of its work, WG-III has worked on two main ways forward; the first being a possible structural reform, covering the creation of a permanent court and an appeals system, the appointment of judges and the scope of appeals. The second parallel track concerns non-structural and incremental reform elements, such as the creation of a code of conduct for arbitrators and judges (to increase transparency and avoid conflicts of interest), a methodology for assessing damages and interest, and ways to foster mediation between the parties. No major progress has been made, however, on structural reform and cross-cutting issues. For example, the permanent court's jurisdiction, composition and members' appointments procedure are still under discussion in the delegations.

6.5. In turn, the European Commission introduces to the debate clear requirements on ethics and impartiality, non-renewable appointments, the full-time employment of arbitrators and mechanisms for the appointment of independent judges. The EESC supports this approach, as strict rules are needed to avoid conflicts of interest.

6.6. Initially raised more crosscutting issues such as the chilling effect of ISDS, the exhaustion of local remedies, and access of third parties, such as local communities impacted by investments received less attention to the frustration of many observing civil society groups. Fully in line with its own recommendations of REX/501, the EESC encourages the Commission to ensure these fundamental questions are kept on the table and satisfactorily addressed.

6.7. The EESC regrets the lack of clarity on the WG-III website and in its meeting minutes, which prevents interested parties from properly informing themselves on the progress of work.

⁽¹¹⁾ Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session (Vienna, 27 November-1 December 2017).

⁽¹²⁾ Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session (New York, 1-5 April 2019).

6.8. The EESC notes that while WG-III's work is centred on procedural elements, this may lead to benefits in the future, such as clearer and more stable case law, which would also facilitate reforming applicable substantive law in investment treaties. However, for a multilateral ISDS reform process to make a real difference, the EESC considers it essential for an institutional reform to move away from ad-hoc arbitration, to take a more holistic approach to international investment governance, and not to just replace ISDS arbitration with an investor-state court.

Brussels, 26 October 2022.

The President
of the European Economic and Social Committee
Christa SCHWENG
